

Algunos aspectos críticos relativos a la audiencia de coordinación de juicio oral.

María Alejandra Cuadra Galarce.

Síntesis.

En el escenario de la tramitación virtual que sigue vigente en la República de Chile, a causa del virus COVID 19, la audiencia de factibilidad y coordinación del juicio oral (ACFJ), celebrada ante el tribunal oral en lo penal, cumple un rol fundamental en el propósito de encontrar un correcto equilibrio entre la necesidad de dar fluidez al sistema procesal penal dentro de un escenario de pandemia y el deber de que se resguarden los derechos de los intervinientes, mediante la implementación de un juicio oral virtual. Bajo esa premisa, mediante la AFCJ se pretende que los intervinientes planteen al tribunal posibles impedimentos que conduzcan al reagendamiento del juicio y, si ello no es solicitado, en un segundo nivel, someter a aprobación del tribunal la forma y condiciones en que se recibirá la prueba en el juicio oral, con el fin de eliminar cualquier improvisación o sorpresa que pudiese conculcar los derechos de los intervinientes, especialmente del imputado en cuanto al correcto ejercicio de su derecho a defensa.

Resulta menester destacar que transcurridos ya dos años de la implementación de esta audiencia, la práctica judicial ha presentado múltiples experiencias y con ello, disparidad de criterios jurisprudenciales, entre ellos, si es necesaria o no la presencia del imputado en la AFCJ y también la fuerza obligatoria de la resolución que coordina el juicio oral. Estos tópicos, asoman como los aspectos centrales sobre los que se desarrollará este ensayo, dado que en ambos, se han generado ciertas interpretaciones jurisprudenciales que no compartimos, por cuanto por medio de ellas no se cumpliría con el mandato de asegurar el ejercicio adecuado de los derechos y garantías que detenta el imputado en el proceso penal. En razón de ello, se dará a conocer brevemente el marco normativo que dispone Chile en materia de garantías mínimas judiciales, para luego, entrar a los problemas que distinguen a este trabajo y las soluciones que planteamos a los mismos.

1) Sobre las garantías judiciales a ser juzgado en plazo razonable y el derecho de defensa.

La actual Constitución Política de Chile (CPR), a diferencia de otras cartas fundamentales de países de la región, optó por establecer en su artículo 19 N°3 inciso 5, una cláusula bastante difusa en su redacción, al no hacer mención a la garantía debido proceso ni tampoco explicitar los elementos que lo componen o dan fisonomía. Así, bajo el texto que dispone que “*toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”, se ha entendido comprendida la macro garantía del debido proceso. No obstante ello, el Tribunal Constitucional en numerosos fallos ha mencionado que lo que realmente se consagra bajo esta disposición es el derecho a la legalidad del juzgamiento, más no el debido proceso. No obstante lo anterior, durante los años 1990 y 1991 entraron en vigencia dentro de nuestro ordenamiento interno, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), incorporándose un catálogo abundante y preciso de garantías mínimas judiciales que conforman el debido proceso. En razón de ello, las

principales fuentes normativas que explican la nomenclatura y elementos del debido proceso los encontramos en los tratados citados (debiendo añadir también la Convención Internacional de los Derechos del Niño), perdiendo peso la CPR como instrumento jurídico influyente en esta materia.

En razón de las premisas expresadas, resulta indispensable acudir a los mencionados instrumentos internacionales con el propósito de conocer cuáles son los principales pilares sobre los que se construye el debido proceso. Así, la CADH es sin lugar a dudas el insumo jurídico más relevante para nuestra cultura jurídica, habida consideración que se trata de un tratado especialmente redactado para el continente americano. En ese estadio, el artículo 7.5 de la CADH reconoce la garantía del imputado privado de libertad a ser juzgado en un plazo razonable, mientras que el 8.2 del mismo texto prescribe un cúmulo de variables, las que en su mayoría tienen íntima conexión con el derecho de defensa. Es del caso advertir que por los límites de extensión asignados a este trabajo, se pasará por alto entrar al análisis de estas garantías las que, por cierto, son de conocimiento de cualquier operador del sistema procesal penal. Sin embargo, es relevante mencionarlas puesto que bajo nuestro concepto, juegan un rol decisivo en la AFCJ, precisamente en las dos variables que se tratan en este ensayo, a saber, cuando a la AFCJ no comparece el imputado y en segundo lugar, cuando lo acordado en AFCJ no se cumple en la audiencia de juicio oral.

Por otra parte, y haciéndonos cargo de la normativa interna relativa a la materia, debemos acudir necesariamente al Código Procesal Penal (CPP) por cuanto es la principal fuente normativa en materia procesal penal. En el citado texto, la garantía a ser juzgado en plazo razonable, si bien no cuenta con una recepción explícita, su reconocimiento es indudable, por cuanto existen múltiples disposiciones cuya inserción está dirigida precisamente a concretarla. Por nombrar algunos aspectos, el código dispone un plazo máximo legal para investigar en la fase formalizada, el plazo para agendar tanto la audiencia de preparación de juicio oral como la audiencia de juicio oral, que constituyen claros ejemplos de lo que se viene diciendo. Por su parte, el derecho de defensa se encuentra expresamente consagrado en el CPP, comenzando por los principios básicos regulados en los artículos 7 y 8, para luego incorporarse en los artículos 93 y 94 (derechos mínimos del imputado libre y el privado de libertad), los artículos 330 a 336 (relativas al derecho de confrontación) y culminando con el derecho a recurrir, concebido por algunos como un elemento integrante del derecho de defensa.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que tanto el derecho a ser juzgado en plazo razonable, como el derecho de defensa, forman parte del abanico de garantías judiciales que conforman la estructura del debido proceso y, a consecuencia de ello, es un imperativo para los tribunales con competencia penal respetarlas, promoverlas y tutelarlas en todo momento jurisdiccional, por expresa disposición del artículo 1 de la CADH y el artículos 7 y 10 del CPP.

2) La audiencia de factibilidad y coordinación de juicio oral.

En Chile, a partir de mediados de marzo de 2020, la judicatura chilena en su totalidad tuvo que enfrentar el desafío más grande de este siglo, al tener que replantearse, desprovista de una base estructural y legal definida y en tiempos extremadamente acotados, el funcionamiento de la prestación del servicio judicial. Esto, por cuanto a causa de la irrupción

de la pandemia motivada por el virus SARS-CoV-2 (conocido mayoritariamente como COVID19) la Excma. Corte Suprema determinó la suspensión de toda forma de trabajo presencial en consonancia con las cuarentenas e instrucciones dadas por el ejecutivo. A raíz de ello, el sistema de tramitación remota por la vía de la plataforma ZOOM constituyó el mecanismo que pudo dar continuidad al servicio y que obligó a cada tribunal a establecer sus protocolos de actuación con el objetivo de asegurar la ejecución de un procedimiento virtual que asegurase el respeto del debido proceso. En sede penal, la situación no fue distinta y en el caso de los tribunales orales en lo penal, ajustaron su trabajo habitual a la nueva realidad, uniformando cierta estructura procedimental. En ese contexto y teniendo en cuenta además, las desconfianzas que en principio surgieron - sobre todo de las defensas - en la realización de un juicio oral vía Zoom, surge algo inédito y por cierto, no regulado legalmente, como es la AFCJ, cuyo fin consistía en verificar si estaban dadas las condiciones para celebrar un juicio oral por vía remota y, en caso afirmativo, dejar establecidas las reglas relativas a la forma y condiciones en que se practicaría la prueba ofrecida por los intervinientes. Se debe destacar al no haber culminado aún el estado de pandemia y más aún, viéndose actualmente recrudecido el número de contagios en Chile, la tramitación on line sigue siendo la regla predominante en sede penal, lo que implica que la AFCJ mantiene plenamente su operatividad y vigencia.

Así, la AFCJ fue concebida como un paso procesal indispensable de practicar, en el escenario de la implementación del sistema de tramitación por la plataforma Zoom y necesariamente, constituía una señal clara dada por los tribunales orales con miras a fortalecer y materializar el principio de inexcusabilidad en la prestación del servicio judicial. Es así que en principio, la creación de facto de esta audiencia contó con un gran volumen de adhesión, ya que a través de ella, se posibilitaría a los intervinientes exponer sus argumentos a favor o en contra de la celebración de un juicio oral bajo la modalidad Zoom. Sin embargo, con el correr del tiempo, la experiencia que la tramitación nos ha proporcionado y el surgimiento de incidencias - que atendido el sentido de urgencia con que se actuó, no pudieron ser oportunamente previstas - , comenzaron a surgir ciertos cuestionamientos al funcionamiento del sistema de sustanciación de juicios y audiencias vía remota, entre ellos, a la AFCJ. Por lo expuesto, es que pasaremos a desarrollar dos problemas que persisten al día de hoy y que a nuestro entender, requieren disponer de un criterio jurisprudencial uniforme, en atención a que detrás de ellos se pone en jaque las garantías a ser juzgado en plazo razonable y el derecho defensa, las que tienen como único titular al imputado, según se desprende de los artículos 7.5 y 8.2 de la CADH.

2.1.) La AFCJ y el derecho a ser juzgado en plazo razonable.

En el escenario de pandemia. Los actores del sistema penal se vieron en la obligación de implementar el sistema de tramitación virtual, comenzaron a surgir los primeros problemas asociados básicamente a las dificultades, de parte de los usuarios, para conseguir computadores o internet adecuado para comparecer vía zoom a la AFCJ, lo que cobra especial importancia tratándose del imputado, quien en muy pocas ocasiones comparece a la citada audiencia. En el caso del acusado libre, usualmente no se conecta a la AFCJ, por lo que su defensor ofrece las explicaciones, generalmente de índole laboral, además de mostrarse conforme con celebrar la referida audiencia en ausencia de su representado, comprometiéndose a imponerlo posteriormente de lo sucedido. Hasta ahí, creemos que no se observa mayores dificultades, ya que el encartado está en libertad, con medidas cautelares de

baja intensidad y, por ende, si es que se solicita la postergación del juicio oral y el tribunal accede a dicha petición, no se vería una flagrante vulneración a la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, toda vez que ella realmente tiene incidencia y relevancia respecto del encartado privado de libertad. No por nada, la garantía se encuentra establecida en la CADH con respecto al sujeto privado de libertad (artículo 7.5).

En razón de lo anterior, podemos afirmar que el verdadero dilema se genera frente a la ausencia del acusado privado de libertad a la AFCJ, por cuanto la postergación o no del juicio oral únicamente repercutirá en éste, quien es titular de la garantía a ser juzgado en plazo razonable. Asimismo, la práctica enseña que la forma de comparecer de los imputados privados de libertad a la AFCJ es por vía telemática, esto es, conectándose por la plataforma Zoom desde el centro penitenciario en el que se encuentre. Adicionalmente, teniendo en consideración que son múltiples las conexiones que diariamente se gestionan desde los centros de privación de libertad y que, tanto la infraestructura física, computacional, como las redes de conexión no son de la mejor calidad, es usual que el día de celebración de AFCJ se generen problemas, muchos de los cuales finalmente no pueden ser solucionados, lo que implica no contar con la presencia del encartado en tal audiencia o que si están presentes, no puedan entender o escuchar de manera óptima lo que ocurre en la audiencia. Igualmente, atendido los grados de hacinamiento que presentan las cárceles nacionales, se ha hecho frecuente el contagio masivo de los internos por COVID 19, razón por la cual y por protocolos internos de la cárcel, el contagiado debe ser aislado del resto de la población penal, viéndose imposibilitado de asistir a la AFCJ.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, la mayoría de los tribunales de juicio oral en lo penal, celebran diariamente AFCJ en ausencia de acusados privados de libertad, bajo el argumento que el procedimiento no puede prorrogarse y, por lo demás, existen otras causas que atender. Por lo expuesto, se ha entendido que la presencia del defensor del imputado supliría exitosamente la falta de concurrencia de éste, llevando adelante la AFCJ en su ausencia, toda vez que sus intereses estarían plenamente representados y asegurados mediante el actuar del letrado que lo asiste, quien, en la práctica, podrá ejercer a plenitud todos los derechos que asisten al imputado.

Frente a estas argumentaciones, básicamente se presentan, a modo de reparo, dos cuestiones relevantes:

1.- Falta de consentimiento del imputado: Cada vez que el legislador procesal penal ha consagrado instituciones procesales de cuyo contenido se extrae una eventual o potencial lesión a garantías judiciales, ha exigido, como contrapartida, el consentimiento expreso del imputado, sea de un modo presencial o bien escrito. Así, por ejemplo, las llamadas “salidas alternativas”, como la suspensión condicional del procedimiento o bien el acuerdo reparatorio, requieren para su aprobación, la expresa manifestación de conformidad del inculpado en torno a someterse a sus reglas. Lo mismo ocurre con la sumisión a las directrices del procedimiento abreviado o bien del juicio simplificado con admisión de responsabilidad. En todos los ejemplos citados, la voluntad expresa del imputado es un presupuesto de validez para la celebración de tales audiencias, en atención a que es una garantía de todo imputado acceder a un juicio oral, público y contradictorio en cuyo mérito se establezca su inocencia o culpabilidad. Así lo regula expresamente el principio básico regulado en el artículo 1 del Código Procesal Penal, por el cual se garantiza que *“toda persona tiene derecho a un juicio*

previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”(sic). En el mismo sentido se puede señalar lo que ocurre con la garantía del derecho al recurso del condenado, para cuya renuncia o desistimiento la ley obliga al defensor a contar con poder expreso, ya que, en caso contrario, no producirá efecto alguno (artículo 354 inciso final Código Procesal Penal). Finalmente, en materia de presunción de inocencia son múltiples las manifestaciones que podrían citarse, entre ellas y que se estiman más atingentes al tema que nos ocupa, es que la renuncia al derecho a guardar silencio, como la posibilidad del acusado de someterse voluntariamente a ciertas medidas intrusivas, son un fiel reflejo de esta idea matriz que se viene desarrollando, en la que el rol de la voluntad del acusado es fundamental para la concreción de ciertas instituciones o actividades procesales. Con todo y teniendo en consideración que como en la AFCJ se puede llegar a discutir el aplazamiento del juicio oral, resulta evidente que tras esa incidencia, subyace la garantía a ser juzgado en plazo razonable, por lo que la presencia del imputado sería requisito *sine qua non* de la misma.

2.- El defensor del imputado: Resulta relevante destacar que el defensor constituye un interviniente distinto al imputado, por lo demás, así queda expresamente plasmado en el artículo 12 del Código Procesal Penal. Sin embargo, esta idea no solo es física, sino que también jurídica. En efecto, al margen que el Código Procesal Penal los trata como intervinientes y sujetos procesales diversos, también se ha preocupado de remarcar los contornos de sus facultades, derechos y obligaciones, así como delinear sus formas de actuación y, en el caso del defensor, prescribir conductas negligentes en las que éste puede incurrir y que traen aparejadas distintas sanciones, algunas de ellas tan drásticas como el término del mandato judicial.

Bajo esa premisa, es dable afirmar que el defensor no tiene la titularidad de los mismos derechos que se radican en su representado y, a causa de ello, solo puede ejercer y disponer de aquellos que la ley expresamente autoriza y bajo las condiciones que en ella se indican. Por ejemplo, la declaración de abandono de la defensa por incomparecencia del defensor a una audiencia judicial de relevancia, es una clara muestra de que para el legislador, la relación de confianza entre defensor e imputado puede quebrarse en cualquier momento y, por lo mismo, no resulta aconsejable dejar a merced del primero el ejercicio omnipotente de los derechos que corresponden al segundo. Ello queda demostrado del claro tenor del artículo 104 del Código Procesal Penal, cuyo título se denomina “Derechos y Facultades del defensor” prescribe que “*el defensor podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado, a menos que expresamente se reservare su ejercicio a este último en forma personal”(sic).* Como se percibe, es la propia ley la que ha hecho reserva del ejercicio de ciertos derechos únicamente en la persona del imputado.

Por lo anteriormente expuesto, se estima jurídicamente cuestionable que una AFCJ pueda llevarse a efecto en ausencia del imputado privado de libertad, como ocurre en la actualidad, toda vez que si así fuere, quedará única y exclusivamente en manos de su defensor la facultad de decidir respecto de una garantía cuyo ejercicio o disposición le compete exclusivamente al imputado. Consecuencialmente, el ser juzgado en tiempo razonable juega un rol preponderante en la AFCJ, ya que, lo primero que se analiza en ella dice relación con la factibilidad de realización de la audiencia de juicio y eventuales solicitudes de posposición del juicio oral, de modo tal que de acceder a tal petición, el único que se verá perjudicado

por esa dilación será el imputado, con la agravante que ni siquiera fue escuchado en tal audiencia. Esta última circunstancia, es sumamente importante toda vez que, no en pocas ocasiones, lo que afirma el defensor ha sido contradicho por el propio inculcado, de modo tal que lo expresado por aquél no es garantía suficiente de representatividad de la voluntad de éste. Adicionalmente, no se debe soslayar que, en caso de reagendar el juicio oral, la postergación del juicio se extiende usualmente entre tres a cuatro meses, factor que, para un imputado privado de libertad, es un antecedente de suma importancia. En ese escenario, se han dado situaciones en que estando presente en AFCJ el encausado y su defensor, éste eleva una solicitud de reagendamiento de juicio oral o bien se allana a dicha solicitud (planteada por el Ministerio Público), pero al ofrecer la palabra al acusado privado de libertad, éste se opone a la posposición del juicio oral, argumentando sobre su precaria y a veces extensa, situación de privación de libertad, ante lo cual, no en pocas ocasiones, el tribunal decide mantener la fecha inicialmente agendada, desestimando la petición de postergación de juicio oral.

2.2.) Derecho de defensa y eficacia de los acuerdos arribados en AFCJ.

Otro aspecto sensible que se observa en la práctica y que tiene como protagonista a la AFCJ dice relación con la eficacia de los acuerdos adoptados en ella, o bien de la resolución que fija las directrices respecto a la forma de rendición de la prueba en el juicio oral. En efecto, una vez dirimida la cuestión de factibilidad de realización del juicio oral (eventual solicitud de reagendamiento), se pasa directamente a la coordinación del mismo. En esta etapa, los intervinientes indicarán al tribunal los medios de prueba que se encuentran disponibles (de aquellos indicados en la acusación) y la forma como se rendirá la prueba, lo que implica, entre otros aspectos, tomar conocimiento si la prueba de testigos y peritos, depondrá presencialmente desde las dependencias del tribunal o bien remotamente, desde otra instalación o localidad. Cabe recordar que, en la actualidad, Chile ha visto acrecentados los casos de contagio a causa del COVID 19, por lo que, en la práctica, son puntuales los eventos en los que un testigo o un perito concurre al tribunal, existiendo un porcentaje muy alto de comparecencia a través de la plataforma Zoom. Es por esa situación que usualmente la defensa insta en AFCJ por la toma de ciertos resguardos destinados a asegurar que los testigos o peritos declaren desde un lugar determinado y en presencia de un ministro de fe que pueda dar ciertas certezas en torno a que la prueba testimonial y pericial deponga desde un lugar y bajo condiciones que posibiliten dar cumplimiento a aquella regla que prohíbe que los testigos y peritos puedan comunicarse con otras personas antes y durante su declaración o bien, la que proscribire la tenencia de elementos o documentos que puedan incidir o inducir su testimonio en un determinado sentido. Sobre este punto, se sabe que los testigos y peritos deben deponer de acuerdo a lo que percibieron directamente mediante sus sentidos o bien, de lo que escucharon oír de terceros acerca de los hechos, objetivo que se concreta precisamente mediante la entrega de la información que recuerda el testigo o perito y que es ofrecida verbalmente durante la audiencia de juicio oral.

Como se advierte, se trata de reglas que fueron diseñadas para evitar la indebida transferencia de información, sea entre testigos o peritos que no han depuesto, respecto de quienes sí lo hicieron, o bien, mediante la utilización de documentos que ayuden al testigo o perito a declarar en tal o cual dirección. En función de ello, si se considera que tales parámetros fueron concebidos para una tramitación regular, cuanto más atendibles las aprehensiones de la defensa en orden a querer reforzar su cumplimiento en el contexto excepcional de tramitación

virtual al que nos enfrentamos. Ello por cuanto bajo esta forma de proceder, resulta inviable llevar a cabo ciertas medidas de resguardo que si se prosperarían en el contexto de un juicio oral tradicional, tales como el posicionamiento de los testigos que no han declarado en dependencias separadas, a cuya vigilancia se encuentra un funcionario del tribunal, o bien la inmediación concebida en su plenitud, por la que los jueces, intervinientes y público en general, tienen visión directa y global respecto del testigo o perito, con lo cual sería inaceptable que éstos pudiesen disponer de algún documento que pudiese servir como ayuda o apoyo a su memoria al momento de prestar declaración.

En ese orden de ideas, las defensas habitualmente exigen en AFCJ que los testigos que tienen la calidad de funcionarios policiales, depongan desde una unidad policial y no desde sus domicilios, además de pedir la presencia de un ministro de fe (generalmente el funcionario policial de mayor rango en la unidad) a fin de garantizar que el testigo deponga en solitario y sin tener a la vista o acceso a información que pueda conducirlo, inducirlo a declarar en un determinado sentido, o bien que facilite información relevante para el caso. Es necesario precisar que esta exigencia se centra básicamente en los funcionarios policiales por cuanto, a diferencia de lo que ocurre en otras sedes jurisdiccionales, en el proceso penal la categorización del testigo como “tercero interviniente no interesado” no opera prístinamente, ya que, en último término los funcionarios policiales comparecen a declarar a un proceso en el que se examina y se analiza su propio procedimiento policial, de forma tal que la neutralidad que requiere tener todo testigo, no es tal en la práctica judicial penal. En función de ello, frente a las dificultades que genera lograr la presencia de testigos policías en dependencias del tribunal, la defensa constantemente realiza en AFCJ alegaciones tendientes a asegurar, al menos, este piso mínimo. Este objetivo se concreta, luego de que el tribunal encargado de sustanciar la AFCJ dicta una resolución final, por la que tiene por coordinado el juicio oral en los términos acordados por los intervinientes o, en su defecto, por lo resuelto por el tribunal en caso de desavenencias de aquellos, decisión esta última que servirá de guía para que el tribunal a cargo de celebrar el juicio oral (no necesariamente es el mismo), lo tenga presente al instante de recibir la práctica de cada una de las pruebas ofrecidas.

No obstante lo anterior, es común que, llegado el día del juicio oral, el tribunal previo a tomar declaración a un testigo policía, lo primero que hará será examinar la resolución dispuesta en AFCJ, para los efectos de cerciorarse que el testigo o perito se encuentre en el lugar acordado. Para ello, en caso de estar frente a un testigo policía o bien un perito institucional, el tribunal constatará el lugar en el que aquél va a prestar declaración, para luego interactuar con el ministro de fe, quien dará cuenta al tribunal de que el testigo se encuentra solo, que no cuenta con documentación o elementos que favorezcan su testimonio (lo que incluye la pantalla del computador, tablet o teléfono que esté empleando para su conexión). Una vez constatadas esas condiciones y en la medida que la defensa no requiera la práctica de otra diligencia en particular, se estará en condiciones de recibir el testimonio del funcionario policial.

Bajo esa perspectiva, creemos que tras estas exigencias y resguardos requeridos por la defensa respecto de la prueba testimonial y pericial, subyace la protección y fomento al derecho de defensa que detenta el acusado, en específico el derecho de confrontación que debiese existir en todo contra examen. Esto, reviste relevancia teniendo en cuenta que podrían verse menoscabados sus fines, a causa de la entrega anticipada de información a un testigo o perito que aún no ha depuesto o bien en caso que el testigo o perito disponga de alguna

documentación que le provea de información que derechamente no conocía o no recordaba. En efecto, no debe olvidarse que el derecho de confrontación es una garantía judicial mínima reconocida en forma interna como a nivel de tratados internacionales de derechos humanos¹, y que busca, entre otros propósitos, la depuración de la información introducida por un testigo o perito ofrecido por la parte contraria, para de esta forma, dejar en evidencia las exageraciones, tergiversaciones, omisiones, falacias, etc. en que haya podido incurrir con ocasión del relato entregado en el interrogatorio directo. En ese orden de cosas, el derecho de confrontación no solo surge como un instrumento útil para un adecuado ejercicio de defensa técnica, sino que además aparece beneficioso para que el juez pueda ponderar adecuadamente la información recibida, minimizando el riesgo de error en la decisión. En ese escenario, el hecho que un testigo se imponga *ex ante* del contenido de las preguntas y estrategia que va a utilizar la defensa, o bien que disponga secretamente de una pauta que le permita sobrellevar satisfactoriamente el interrogatorio, puede causar serios perjuicios en la actividad de confrontación y, finalmente, en la calidad de la información que ingresa al juicio oral. A vía ejemplar, si la estrategia de defensa se centró en cuestionar la adopción de un control de identidad irregular que posteriormente derivó en una detención, es altamente nocivo que un funcionario policial que haya declarado en el juicio, interactúe con otro que aún no lo ha hecho, ya que producto de ese diálogo estará latente la posibilidad de que surja transmisión de información y con ella, comentarios de la causa o bien recomendaciones en el sentido de responder de determinada manera frente a ciertas preguntas. A causa de lo anterior, seguramente disminuirán las probabilidades de hacer notar inconsistencias entre declaraciones de testigos, como también será muy difícil desvelar el genuino grado de conocimiento que el testigo mantenía respecto de los hechos, todo lo cual incide en el derecho de defensa y, por cierto, en la calidad de la información que recibe el tribunal.

Lo expuesto previamente, adquiere relevancia para este ensayo en el entendido que, a pesar de que la implementación de la AFJC buscaba precisamente otorgar seguridades a los intervinientes - principalmente a la defensa e imputado - respecto de la forma como se llevaría a cabo un juicio oral remoto y la manera en que se rendiría la prueba, en la práctica existen opiniones disímiles en torno a la fuerza vinculante que detenta la resolución dictada en AFJC por la que queda coordinada la forma en que se llevará a cabo el juicio oral. En ese sentido, existen tribunales orales en lo penal que se muestran bastante flexibles a modificar las condiciones fijadas en AFJC frente a cualquier impedimento que sobrevenga a la prueba de la Fiscalía, llegando incluso a alterar lo pactado sin siquiera existir un impedimento propiamente tal. Por ejemplo, si un funcionario policial, que de acuerdo a lo estipulado en AFCJ debía declarar desde su unidad policial, llegado el día del juicio oral se encuentra con día de descanso en su domicilio, se ha aceptado - por cierta jurisprudencia - que lo haga desde su residencia². Por su parte, otra interpretación jurisprudencial, a la que adherimos, se muestra contraria en modificar las reglas fijadas en AFCJ y, en consecuencia, salvo que exista un caso extremadamente calificado y sobreviniente, el testigo o perito debe deponer desde el lugar que fue acordado o dispuesto en AFCJ. Como fundamento de la primera posición se sostiene habitualmente que el tribunal oral en lo penal no detenta facultades de exclusión

¹ El artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en su letra f) reconoce como garantía judicial mínima “el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

² Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, causa RIT 318-2020.

probatoria, de modo tal, que si el testigo o perito declara desde un escenario no pactado, igualmente debe recibirse ese testimonio. Se agrega a lo anterior que nada obsta a que se adopten las medidas de resguardo tendientes a asegurar la intermediación y evitar el contacto del testigo o perito con otras personas, pruebas o documentos de relevancia en la causa (en la práctica se verifica un paneo a través de la cámara del computador, tablet, celular, etc. respecto del lugar en que se encuentra el testigo o perito). En sentido diverso, se expone que si el tribunal que conoce del juicio tiene competencias para alterar lo resuelto en AFCJ, derechamente esta última audiencia no tendría utilidad y debiese prescindirse de ella, ya que su núcleo central es dejar fijadas las condiciones en las que se recibirá la prueba y, con ello, establecer parámetros mínimos de seguridad para los intervinientes. De lo contrario, si los intervinientes, en especial el defensor y el imputado, supiesen que lo resuelto en AFCJ puede fácilmente dejarse sin efecto por el tribunal oral que conocerá del juicio, seguramente la estrategia de defensa variaría en AFCJ y derechamente se instaría por el reagendamiento del juicio a la espera de la celebración de un juicio presencial o, tal vez en una medida más drástica, instar por un juicio cien por ciento presencial, con posibilidades de recurrir de amparo en caso de negativa a tal petición. Bajo esta posición jurisprudencial, los únicos cambios admisibles de tolerar, son aquellos direccionados a mejorar las condiciones de seguridad bajo las cuales declara un testigo policía o perito institucional, esto es, por ejemplo decidir concurrir a declarar al tribunal de la causa en desmedro del lugar fijado en AFCJ. Se trata de un cambio que beneficia las condiciones de seguridad en las que depondrá el testigo o perito y por ende, no perjudicaría a la defensa en sus derechos.

Expuesto lo anterior, la referida dispersión jurisprudencial, genera inseguridades, las que ya vienen acentuadas por la inestabilidad misma que genera la celebración de un juicio oral vía plataforma Zoom. En razón de lo señalado, a nuestro modo de ver el asunto, la judicatura requiere exteriorizar sobre este punto, algunos criterios de uniformidad, susceptibles de otorgar tranquilidad y confianza a los usuarios del sistema, en torno a que las instituciones funcionarán adecuadamente y que lo acordado o resuelto en una audiencia judicial, sea respetado posteriormente en la audiencia de juicio. Para estos efectos, contamos con ciertas propuestas que creemos que pueden llegar a influir positivamente en la práctica judicial y, de esta forma, aunar criterios en beneficio de asegurar a los intervinientes la celebración de un juicio oral con sujeción a los mínimos exigibles a cualquier justo y debido proceso.

3) Soluciones propuestas.

Luego de plasmar los inconvenientes que se aprecian en la forma en que se lleva adelante la AFCJ, se expondrán algunas ideas que podrían ayudar a minimizar o erradicar tales dificultades.

En primer lugar, creemos que la AFCJ con imputado preso, no puede celebrarse sin la presencia de éste, debido a que solo él tiene legitimación para renunciar a la garantía de ser juzgado en plazo razonable. A causa de ello, se propone que la AFCJ no se realice con tanta proximidad a la fecha de juicio oral (entre 5 a 7 días de diferencia), sino que se verifique al menos con dos semanas de anticipación al mismo. Esta vía dará la posibilidad de poder reagendar la AFCJ en caso que el imputado preso no sea puesto a disposición del tribunal a través de la plataforma Zoom desde el centro penitenciario. Con esta solución, se podría

superar el impedimento que ocasionó la ausencia del encartado y asegurar su presencia en la próxima fecha para celebración de AFCJ.

En segundo lugar, mantener la fecha originalmente dispuesta para AFCJ pero con la particularidad de que el acusado sea trasladado por Gendarmería de Chile a dependencias del tribunal que conocerá de su juicio oral. Esto por cuanto, la práctica ha demostrado que las conexiones que disponen los tribunales de justicia son infinitamente superiores a las que mantienen los centros carcelarios. Por lo demás, existe mayor y mejor infraestructura para atender los requerimientos internos, de modo tal que bastaría que el imputado fuese trasladado a primera hora, con todos los internos que diariamente concurren a tribunales para estar presente en la AFCJ.

En tercer lugar, frente a la solicitud de reagendamiento de juicio oral, no hacer lugar a ella (por encontrarse ausente el imputado privado de libertad), pero sin perjuicio de replantear la solicitud de postergación en el juicio oral y como incidencia previa al inicio del mismo. A través de esta vía, si bien se busca es que el derecho a ser juzgado en plazo razonable no se vea burlado en ausencia de su titular, no es menos cierto que el imputado puede estar de acuerdo con la postergación de su juicio y eventual renuncia al referido derecho, precisamente en aras de dar eficacia a otra garantía judicial como es el derecho de defensa, el que podría verse desmejorado en caso de verificarse el juicio oral en las condiciones dispuestas para ese día determinado. Así, por ejemplo si el inculcado preso no concurrió a la AFCJ y su defensor (quien aboga por la absolución) pide la posposición del juicio oral en el entendido que los testigos de descargo no han podido ser habidos, en base la solución que se plantea en este acápite, el tribunal no debería acceder a tal pretensión, ya que se estaría resolviendo sobre una garantía judicial, como es el derecho a ser juzgado en plazo razonable, sin haber oído a su titular. No obstante ello, el día de celebración del juicio oral, instancia en que sí o sí se debe contar con la presencia del imputado (como condición de validez de la audiencia), de forma previa al inicio del juicio, la defensa podría replantear su petición, instante en el que imputado será escuchado y podrá hacer saber al tribunal su preferencia por fortalecer el derecho de defensa, en desmedro de ser juzgado en tiempo razonable o viceversa.

En razón de las precedentes consideraciones, resulta básico comprender que la resolución dictada en AFCJ, que niega lugar a la reprogramación de la audiencia de juicio oral, es una sentencia interlocutoria que no produce cosa juzgada sustancial, es decir, se trata de una resolución judicial cuyo mérito puede ser revisado posteriormente, en la medida que se incorporen nuevos antecedentes que hagan viable y plausible su modificación. En este caso, el nuevo antecedente que proponemos es precisamente la opinión del imputado, quien, a diferencia de la AFCJ, estará presente y podrá esgrimir sus argumentos respecto a su parecer de diferir o no el juicio oral para una nueva fecha.

En cuarto lugar, en lo que dice relación a las modificaciones que la resolución de coordinación dictada en AFCJ pueda llegar a sufrir en el juicio oral, lo cierto es que ello no debiese prosperar, con las debidas excepciones de ciertos casos extremadamente calificados, sobrevinientes e imposibles de superar, en los que no existe otra vía que la modificación para, de esa manera, no dejar en la indefensión a los intervinientes. De lo contrario, la solución que se propone, no es la exclusión de la prueba, sino que en primer término consultar su parecer

al interviniente que se vería perjudicado por el cambio de condiciones respecto y si este se opone, lisa y llanamente disponer la continuación del juicio con otro testigo o perito ofrecido en el auto de apertura de juicio oral, o bien la suspensión del juicio oral, a la espera que el testigo o perito se traslade al lugar acordado. En ese escenario, será el Fiscal de la causa, quien finalmente determinará la conveniencia o no de que el testigo o perito declare y, en caso de no estimarlo relevante, simplemente dispondrá su liberación del juicio.

En quinto lugar, si un testigo o perito no cumple con la instrucción de declarar desde un lugar solitario o se le sorprende valiéndose de documentación o alguna pauta de ayuda a memoria, lo que correspondería es declarar la nulidad procesal de esa actuación en virtud de lo dispuesto en el artículo 159 del Código Procesal Penal, y considerar la nulidad total del juicio oral o bien solamente la declaración del testigo o perito que incurrió en la infracción, debiendo considerar que éste nunca depuso en el juicio, ni tampoco podrá hacerlo. Todo ello, es sin perjuicio de las medidas que pueda arbitrar la Fiscalía por la comisión posibles ilícitos penales.